



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

**A FIGURA DO "CARONA" E A NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO DA
NORMATIZAÇÃO DA SISTEMÁTICA DE REGISTRO DE PREÇOS.**

Aluno: Lorena Carmo de Sousa

RA: 20208331

**BRASÍLIA – DF
2011**

LORENA CARMO DE SOUSA

**A FIGURA DO "CARONA" E A NECESSIDADE DE
APERFEIÇOAMENTO DA NORMATIZAÇÃO DA
SISTEMÁTICA DE REGISTRO DE PREÇOS.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Paulo Gustavo.

**BRASÍLIA – DF
2011**

SOUSA, Lorena Carmo de

A figura do "carona" e a necessidade de aperfeiçoamento da normatização da sistemática de registro de preços./ Lorena Carmo de Sousa. Brasília: UniCEUB, 2011.

53 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a normatização do Sistema de Registro de Preços, que abriu portas a criação de uma figura conhecida como “carona”. Tal figura é considerada uma distorção a essa sistemática e infringe claramente os princípios norteadores da Licitação, como o da Legalidade, competitividade e isonomia. Surgiu a partir da introdução pelo Dec. nº 4.342/2002 de um § 3º para o art. 8º do Dec. Fed. nº 3.931/2001 e da livre interpretação do § 2º de seu art. 4º. Ao legislador cabe a adoção de providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o sistema de registro de preços, para a imposição de seus devidos limites e fiel cumprimento em atendimento às suas finalidades.

PALAVRAS CHAVES: Direito Administrativo, Sistema de Registro de Preços, Princípios, “Carona”, Normatização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
1 LICITAÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS INFORMADORES	4
1.1 Princípio da isonomia	7
1.2 Princípio da legalidade.....	9
1.3 Princípio da impessoalidade e do julgamento objetivo	11
1.4 Princípios da moralidade e da probidade	13
1.5 Princípio da publicidade	14
1.6 Princípio da economicidade	16
1.7 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	17
2. O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS	19
2.1 Prazo de validade do sistema de registro de preços	22
3. A FIGURA DO “CARONA” E O LIMITE DE SUA UTILIZAÇÃO NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS	26
3.1 Riscos e desvantagens advindos com a utilização do “carona”	30
3.1.1 Mercado paralelo	34
3.1.2 Improbidade administrativa	35
3.1.3 “Jogo de planilhas” e distorções dos preços unitários	36
3.2 Limites da utilização da ata de registro de preços	37
3.3 Necessidade de aperfeiçoamento da normatização da sistemática de registro de preços.	41
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

A finalidade desta pesquisa é abordar a figura instituída pelo §3º do art. 8º e § 2º do art. 4º, da norma reguladora do Sistema de Registro de Preços (Decreto 3.931/01), conhecida como “Carona”, frente à norma reguladora das Licitações e seus princípios informadores.

Serão ressaltados questionamentos sobre a inserção desta nova figura no âmbito do Direito Administrativo-Constitucional, mas sem desconsiderar os argumentos de seus defensores, pois sabemos que existem sim, vantagens apontadas para a Administração Pública com a adoção do Sistema de Registro de Preços, mesmo diferindo de uma licitação convencional, seja pela redução do número de licitações; celeridade no processo de aquisição; redução do volume de estoque e do espaço físico utilizado para a guarda; a compra somente das quantidades necessárias, com vistas a evitar o desperdício; o fato de atender outras unidades e não só a licitadora, e a desnecessidade de reserva orçamentária. Ainda, que os órgãos participantes têm suas expectativas de consumo previstas no ato convocatório e que os fornecedores têm o compromisso do fornecimento e o direito de requisitar automaticamente, todos os objetos previstos neste Sistema.

No entanto, o entendimento abordado nessa pesquisa alia-se à necessidade de reavaliação das normas que regulam tal Sistema sob uma visão material, visto que a discussão tratada nesta pesquisa recai sobre questões morais e éticas no combate a uma das maiores distorções na utilização do sistema de registro de preços, que é a prática usualmente conhecida como "carona", merecendo explícita reprovação do Plenário do Tribunal de Contas da União, como se vislumbrará nos entendimentos a seguir expostos.

De tal sorte, no capítulo 1 será abordado brevemente o conceito de licitação e posteriormente, os princípios que regulam esse instituto. Num segundo momento, serão apresentados os princípios mais relevantes à temática do Sistema de

Registro de Preços com sua aplicação em exemplos específicos, para uma melhor compreensão do problema em questão.

No capítulo 2, verifica-se um estudo ao conceito do Sistema de Registro de Preços e em seguida, sobre o prazo de validade e utilização do mesmo. É sabido que o prazo de validade do registro é de um ano, como disposto no art. 15, § 3º, inc. III, da Lei de Licitações, diferentemente do prazo de validade da licitação comum. Tal limite é imposto justamente para não permitir à adesão ilimitada à atas de registro de preços, o que afrontaria princípios como os da competição e da igualdade de condições entre os competidores.

Finalmente no capítulo 3, é exposto especificamente sobre a figura do “carona” advinda de adesões ilimitadas às atas de registro de preços, tratando em seguida sobre os limites dessas utilizações. Por fim, são demonstrados alguns riscos mais evidentes consequentes do “carona” e as medidas sugeridas e adotadas pelo Tribunal de Contas e pela doutrina, para coibir o uso desta figura.

O Trabalho emprega a pesquisa teórica, bibliográfica e jurisprudencial, apresentando-se de forma conceitual, explicativa e diretiva, para elucidar sobre essa nova figura instituída com a Sistemática do Registro de Preços, que é o “carona”. Após consulta às jurisprudências do Tribunal de Contas da União, concluiu-se sobre a legalidade dos dispositivos do Decreto 3.931/01 (§ 2º do art. 4º e §3º do art. 8º), que deram margem à criação do “carona” em contratações nas formas definidas pelo edital.

1 LICITAÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS INFORMADORES

Licitação é um procedimento administrativo que disciplina as contratações realizadas pelo Poder Público, estando normatizada pela Lei 8.666/93 e o dever de licitar, consagrado no art. 37 *caput* e inciso XXI da Constituição Federal de 1988, dispondo que a Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

A obrigatoriedade de Licitação tem por si, natureza constitucional e deve ser observada pela Administração Pública como regra para a contratação de serviços e bens comuns, obras, compras e alienações, concessões e permissões.

Os Estados, Municípios e o Distrito Federal ao legislarem sobre matéria de licitação, fixam regras específicas e distintas das estabelecidas pela Administração Pública Federal, porém, respeitam o conteúdo normativo do art. 37, XXI, pela necessidade de conferir tratamento uniforme a todos os Estados da Federação ao contratar.

Meirelles (2005, p.180) assim conceitua a licitação:

[...] procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Ainda, essas entidades administrativas devem observar e seguir os princípios que a este instituto são impostos, como os citados acima e os específicos, pois é o caminho a ser seguido para que a finalidade do procedimento licitatório seja alcançada, seja a maior vantagem para a Administração Pública, por meio da moralidade e da ética, e o uso correto do dinheiro público.

A Administração Pública ao contratar bens e serviços, opta pela forma mais vantajosa de aquisição, ou seja, busca escolher o contratante que ofereça as melhores condições para atender ao objeto licitado, seja pelo menor, prazo e qualidade, observando as necessidades do órgão licitante quanto às descrições do objeto ou serviço a ser adquirido, com observância ao princípio da isonomia. (FERNANDES, 2006, p. 78).

Conforme Justen Filho (2005, p. 58) “a maior vantagem possível configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.”

Aplicam-se às licitações além dos preceitos constitucionais, outras normas infraconstitucionais que ao passar dos anos vem sofrendo inúmeras transformações seja através de edição de Medidas Provisórias, Leis e Decretos, sendo que todos estes se adequam e compatibilizam-se com o texto constitucional, essencialmente no que diz respeito à incidência dos princípios norteadores da licitação, o dever legal de licitar e à necessidade de igualdade e competitividade nos procedimentos do certame.

Para os objetivos pretendidos nesse estudo, será dado ênfase à análise da Lei Federal 8.666/93 que institui normas para licitações e contratos da Administração pública e ao Decreto 3.931/2001 que regula a utilização da modalidade de licitação pelo Sistema de Registro de Preços. Tal modalidade licitatória de Sistema de Registro de Preços (SRP) pode ser realizada nas modalidades Concorrência Pública (§ 3º do artigo 15 da Lei 8666/93) ou Pregão (artigo 11 da Lei 10.520/02).

Sendo a licitação um procedimento administrativo que disciplina as contratações realizadas pelo Poder Público, é essencial a aplicação de seus diversos

princípios informadores. Tais princípios determinam a adequada interpretação das regras normativas e permitem o preenchimento de lacunas. Se mais de um caminho se apresentar ao intérprete por exemplo, este deverá recorrer à questão principiológica, buscando, dentre as soluções possíveis, a mais compatível com os princípios jurídicos incidentes, devendo rejeitar, de plano, as que eventualmente se apresentem como violadoras ou ofensivas. Esse é o caminho a ser observado pela Administração Pública ao se utilizar de procedimentos licitatórios. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 57).

Nenhuma ação administrativa poderá prosseguir quando em conflito com qualquer um dos princípios norteadores da Administração Pública e das Licitações. Tais princípios ademais, devem ser examinados em conjunto, não isoladamente, visto que se relacionam quando da sua aplicação.

Para Mello (2009, p. 408):

Princípio é a disposição expressa ou implícita, de natureza categorial de um sistema, pelo que conforma o sentido das normas implantadas em uma dada ordenação jurídico-positiva. [...] o princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico, donde poder concluir-se pela relevância do princípio e da sua supremacia até sobre as próprias normas constitucionais.

Nesse entendimento é que a Lei nº 8.666/93, em seu Art. 3º, caput, dita sobre a garantia da observância ao princípio constitucional da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, além de aludir sobre a obrigatoriedade de serem os processos licitatórios, instaurados, processados e julgados em conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos demais que lhes são correlatos.

Conforme Justen Filho (2008, p. 61):

[...] é certo que a Administração deverá obter a proposta mais vantajosa. Mas selecionar a proposta mais vantajosa não é suficiente para validar a licitação. A obtenção da vantagem não autoriza ainda, violar direitos e garantias individuais. Portanto, deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa, mas, além disso, tem de respeitar-se os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia. Por mais vantajosa que fosse a proposta selecionada, não seria válida licitação que violasse direitos e garantias individuais.

Os princípios de ordem pública que são aplicáveis à licitação, e os princípios próprios do Sistema de Registro de Preços, possuem força normativa, orientam, disciplinam e vinculam as decisões administrativas ao processo licitatório. As normas serão aplicadas e interpretadas à luz desses princípios, que permitem solucionar conflitos não previstos explicitamente na Lei e pelos quais se mostram definidores dos lineamentos que se deve situar o procedimento.

1.1 Princípio da isonomia

Este princípio é essencial e o principal norteador da Licitação, pois assegura tratamento idêntico e igual a todos os licitantes ao selecionar a proposta mais vantajosa e que todos os licitantes poderão ser beneficiados pelo mesmo tratamento. Significa dar julgamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-os na medida de suas diferenças. O tratamento discriminatório e arbitrário injustificados portanto, não são aceitáveis. (JUSTEN FILHO, 2008).

Segundo Carvalho Filho (2010, p. 216) o princípio da isonomia ou legalidade, significa, que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir com igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro.

Comprovada a capacitação dos licitantes exigida na habilitação, que é a fase que antecede à licitação, não se entende como um órgão da Administração Pública poderia exigir requisitos ou aptidões adicionais sem exceder as limitações constitucionais e restringir a participação e o caráter competitivo.

Como assinala Justen Filho (2008, p. 67):

A isonomia significa ainda, de modo geral, o livre acesso de todo e qualquer interessado à disputa pela contratação com a Administração. Como decorrência direta e imediata da isonomia, é vedado à Administração escolher um particular sem observância de um procedimento seletivo adequado e prévio, em que sejam estabelecidas exigências proporcionadas à natureza do objeto a ser executado. Significa o direito de cada particular de participar na disputa pela contratação administrativa, configurando-se a invalidade de restrições abusivas, desnecessárias ou injustificadas.

Acrescenta ainda que:

[...] a isonomia também se configura como uma manifestação diretamente relacionada com o interesse coletivo. A ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos. Como decorrência da disputa, produz-se a redução dos preços e a elevação da qualidade de ofertas, o que se traduz em contratações mais vantajosa para a Administração.

Verifica-se que tal princípio é de suma importância para um correto desenrolar de uma licitação e atendimento as requisitos solicitados no instrumento convocatório.

O ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; c) impõe requisitos desproporcionados com necessidades da futura contratação; d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais. (JUSTEN FILHO, 2008).

No entendimento de Fernandes (2006, p. 50), a respeito da aplicação do princípio da isonomia ao Sistema de Registro de Preços, pode-se considerar que

- a) ofende o princípio da isonomia exigir-se que o licitante ou contratado apresente documento, certidão, ou atestado que não se mostre diretamente relacionado com a sua capacidade de fornecimento, aí abrangidos os aspectos da capacidade jurídica e da qualificação técnica, econômica e financeira, inserindo-se na primeira a regularidade fiscal.
- b) ofende o princípio da isonomia restringir a competição, estabelecendo objeto com indicação de qualidade ou

características exclusivas, quando essas não forem indispensáveis à satisfação do interesse público.

É certo que o princípio da isonomia, com assento no caput do art. 5º, como também no art. 37, inciso XXI, ambos da Constituição Federal de 1988, deve nortear todos os procedimentos administrativos no âmbito da Administração Pública. No mesmo sentido, a legislação infraconstitucional impõe a necessidade de garantir tratamento equânime aos interessados em contratar com a Administração, uma vez que o art. 3º, caput e § 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.666/1993, faz menção ao aludido princípio, além de vedar expressamente condutas discriminatórias, assim como, o § 2º do mesmo dispositivo, reafirma a idéia de igualdade. (AC. Nº 599, TCU – PLENÁRIO 2007, P.15).

1.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade está consignado nos Art. 37 caput da Constituição Federal sendo basilar de toda a atividade administrativa. É vedado à Administração Pública fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, havendo portanto, a sujeição do administrador à lei, ao direito, o ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais e ao edital do certame. É a fiel observância à lei. Assim também sendo o esperado do particular ao participar de procedimentos licitatórios, tendo em vista o interesse público.

O artigo 41 da Lei 8.666/93, também preconiza o princípio da legalidade quando exige o cumprimento das normas e condições do edital. O atendimento ao edital é imprescindível na conduta da Administração e dos demais licitantes, incidindo seus efeitos no próprio edital que deverá ser criado conforme as leis e princípios em vigor. Assim, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas na Lei de Licitações, como aquelas por ela não permitidas.

Tal princípio significa no entanto, que o agente administrativo ao aplicar a norma, deve apenas verificar a presença dos pressupostos previstos na lei, não admitindo-se inovações oriundas de interpretações pessoais e conveniência do agente.

Justen Filho assim dispõe (2008, p. 69):

A disciplina legal da licitação caracteriza-se pela redução progressiva da discricionariedade. Assim é porque a lei atribui à autoridade administrativa margem relativamente relevante de autonomia nas etapas iniciais do procedimento licitatório. Porém, as escolhas realizadas pela Administração produzem efeitos vinculantes, na acepção de que os atos administrativos posteriores devem ser compatíveis com as decisões adotadas nas fases anteriores.

Em matéria de Sistema de Registro de Preços, impõe-se um rigor a respeito da possibilidade da Administração Pública vir a adotar procedimentos que não estejam em conformidade com a lei, não previstos nos regulamentos ou consolidados pela jurisprudência.

Para Fernandes (2006, p. 54):

[...] até o momento, há margem bastante razoável para a integração das normas que regulam o SRP, tarefa que deve ser efetivada em consonância com o que foi exposto, na parte relativa à importância prática dos princípios. Compete aos órgãos de controle verificar se a pertinência entre a conduta, não prevista expressamente na lei, e os princípios, foi a que melhor atendeu ao ordenamento jurídico e ao interesse público. Como linha diretiva, parece importante abrir espaço às inovações que preservem os princípios do sistema, incentivando novos rumos em busca da eficiência.

Busca-se uma restrição à discricionariedade a determinadas fases ou momentos específicos. Assim, a Administração tem liberdade para escolher as condições sobre o contrato futuro. Porém deveria valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exaustivamente suas escolhas que serão consignadas no ato convocatório da licitação, que passará a reger a conduta do administrador. (JUSTEN FILHO, 2008).

Observa-se o dever de zelar pelo integral atendimento das fases que antecedem a licitação, para que esta seja realizada com fiel observância ao que será solicitado no instrumento convocatório.

1.3 Princípio da Impessoalidade e do Julgamento objetivo

Por este princípio a Administração não deve utilizar-se de tratamentos pessoais, preferências, concessões ou privilégios aos licitantes. Não figura sentimentalismo por parte da Administração que terá tão somente, que obedecer as regras editalícias e os comandos normativos aplicáveis a cada caso prático, a cada procedimento licitatório.

Havendo favoritismo ou até mesmo perseguições e marcações, a licitação perde o rumo da legalidade, ferindo o princípio da impessoalidade e do julgamento objetivo e ainda, caracterizando abuso de poder e falta de transparência ao contratar.

Motta (2002, p. 133) entende que:

Pela impessoalidade se atinge a finalidade pública, que é a efetivação do melhor negócio para o ente licitante. E melhor negócio não está capitulado na vontade “viciada” do interessado ativamente na concretização da relação comercial. Isto porque tanto o agente público como o administrado, terão que se submeter ao princípio em voga, sob pena de viciar todo o processo licitatório.

Ainda para o Autor, o sentido da impessoalidade compatibiliza-se, entretanto, com o fato de que, em condições e hipóteses determinadas, a lei possa estabelecer preferências destinadas a salvaguardar determinados setores, ou facilitar a aquisição de certos bens. É o que espera que seja evitado. (MOTTA, 2002, p. 104).

Em síntese, a impessoalidade é emanção da própria isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indica vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados, que não reflitam diferenças efetivas e concretas. Exclui o subjetivismo do agente administrativo, e a decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador. (JUSTEN FILHO, 2008).

Já o princípio do julgamento objetivo está disposto no caput do art. 45 da Lei de Licitações, preconizando que, o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Sobre o tema, Justen Filho (2008, p.72) ensina que

Todas as decisões tomadas pela Administração ao desenrolar do procedimento licitatório, desde a fase inicial até o encerramento do certame, devem traduzir um julgamento imparcial, neutro e objetivo. O ato convocatório deve conter critérios objetivos de julgamento que não se fundem nas preferências ou escolha dos julgadores. O julgamento das propostas subordina-se obrigatoriamente àqueles critérios.

A “vantajosidade” da proposta deve ser apurada segundo um julgamento objetivo. O ato convocatório tem de conter critérios objetivos de julgamento que não se fundem nas preferências ou escolhas dos julgadores. O julgamento das propostas subordina-se obrigatoriamente àqueles critérios. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 70, 71).

No Sistema de Registro de Preços, a aplicação prática deste princípio não vai ao ponto de pretender que a comissão de licitação torne-se um autômato examinador de papéis. A lei concede o poder de diligenciar aplicável ao SRP. Nos termos da lei, esse poder é limitado apenas à impossibilidade de incluir documento ou informação que deveria constar originariamente na proposta. (FERNANDES, 2006, p. 60).

É o princípio que se baseia no critério indicado e nos termos específicos das propostas, conforme dita a lei, de forma clara, com parâmetros objetivos e a partir dos critérios de avaliação constantes no edital, os quais não podem contrariar as normas e princípios estabelecidos na Lei.

1.4 Princípios da Moralidade e da Probidade

A lei determina como obrigatória uma conduta valorada como a única capaz de satisfazer o interesse público. A Administração na gestão dos interesses públicos pressupõe ética, moralidade e probidade. Os princípios da moralidade e da probidade administrativa se parecem em seu conteúdo e decorrem de regras morais que devem nortear toda a atividade administrativa, visando o atendimento dos valores morais da sociedade.

Consoante o entendimento de Motta (2002, p. 109), a moralidade pública constitui sem dúvida uma das preocupações mais imediatas e importantes da sociedade brasileira. Mais uma vez, é o Direito, ou a experiência jurídica, que irá fornecer o modelo ético a ser seguido pelos administradores.

A ética direciona os fatos públicos e as soluções administrativas. Mas não basta o administrador respeitar os princípios éticos da justiça e ser razoável, deve-se respeitar a moralidade, que é pressuposto de validade dos atos da Administração Pública.

Nesse diapasão, Justen Filho (2008, p. 71) esclarece:

A moralidade e a probidade acarretam impossibilidade de vantagens pessoais serem extraídas pelo administrador. Por igual, estão proibidas vantagens ou prejuízos decorrentes de preferências pessoais dos titulares de funções públicas. [...] o princípio da moralidade também se refere à conduta dos participantes da licitação. A disputa deve ser honesta entre eles [...] Havendo conluio ou composição entre os licitantes, estarão frustrados os princípios da moralidade e da probidade. Deverá invalidar-se o certame, punindo-se os responsáveis.

Os procedimentos relativos ao Sistema de Registro de Preços terão que ser pautados mediante total cumprimento das regras relativas à licitação e ao processo administrativo em geral, com observância aos princípios da moralidade, eficiência e probidade administrativa.

Para Fernandes (2006, p. 55), entre as normas que se destacam na tutela do princípio da moralidade cabe registrar:

- a) Art. 9º da Lei 8.666/93, que veda a chamada relação promíscua entre os agentes da Administração e contratados. Em interpretação ao inciso III e parágrafo 3º, desse artigo, o TCU entendeu que mesmo laços civis como cônjuge, presidente da Comissão Permanente de Licitação e fornecedor, não podem ser admitidos;
- b) A Lei no 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade, que em seus arts. 10 e 11 estabelece várias condutas tipificadas como irregular;
- c) O Decreto 1.171/94 que instituiu o Código de Ética do servidor público federal.

Não tão somente no Sistema de Registro de Preços, mas na licitação em geral, a conduta moralmente reprovável acarreta a nulidade do ato ou do procedimento. Existindo imoralidade, afasta-se a aparência de cumprimento à lei ou ao ato convocatório. A conduta do administrador deve atentar para o disposto na regra legal e nas disposições do ato convocatório. Isso é necessário, mas não suficiente, para a validade dos atos. Tal moralidade também se refere à conduta dos próprios participantes da licitação. A disputa deve ser honesta entre eles, bem como a postura moralmente correta perante os demais competidores e entre a Administração. A imoralidade de sua conduta acarretará seu afastamento e, eventualmente, a invalidação do procedimento. Havendo conluio entre os licitantes, estarão frustrados os princípios da moralidade e da probidade. Deverá invalidar-se o certame, punindo-se os responsáveis. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 33).

1.5 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade está insculpido no art. 37 da Constituição Federal de 1988, no art. 3º da Lei 8.66/93, mas não está exaurido nos mesmos. Em vários outros dispositivos desta lei, encontramos consagrados esse princípio. Permite acesso amplo aos interessados no certame e a fiscalização da regularidade dos atos praticados.

A publicidade desempenha duas funções. É o que demonstra Justen Filho (2008, p. 73):

Primeiramente, objetiva permitir o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do

pressuposto que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos.

A finalidade deste princípio é garantir transparência dos atos praticados pela Administração Pública. A clareza do procedimento licitatório se vislumbra com a divulgação dos atos administrativos, que emanam da própria moralidade, visto que os atos irregulares somente são combatidos, quando conhecidos.

No entendimento de Meirelles (2005, p. 83):

A publicidade como princípio da Administração Pública constante no art. 37, caput da Constituição Federal, abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação, oficial de seus atos como também de apropriação de conhecimento da consulta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes.

A regra é que todo ato administrativo seja publicado, porque pública é a Administração que o realiza. O sigilo é a exceção, e em matéria de licitação, somente o conteúdo das propostas é sigiloso, isso, até o momento da abertura dos envelopes de habilitação.

O Sistema de Registro de Preços, assim como as outras modalidades de licitação em geral, sujeitam-se a esse princípio, até o momento da sua abertura. A publicidade abrange o registro dos atos, mas não as reuniões das comissões de licitação, como exemplo, onde só serão públicos a sessão de abertura dos envelopes de habilitação e a divulgação dos resultados.

Observa Justen Filho (2008, p. 96):

Excluídas as propostas (até sua abertura), os atos da licitação serão públicos. Qualquer pessoa terá acesso ao local onde estiverem sendo praticados. Ainda que seja vedada sua interferência ou participação, qualquer um terá a faculdade de presenciar os atos praticados pelos titulares de funções públicas. Se for interessado e preencher os

requisitos necessários, poderá inclusive, participar formalmente. Sua presença terá efeitos jurídicos. O art. 43 (Lei 8.666/93) impõe que a abertura dos envelopes deverá efetivar-se “sempre em ato público previamente designado”. Isso não significa impossibilidade de reuniões privadas da Comissão de Licitação, destinadas a examinar os documentos e avaliar a decisão a ser adotada.

A aplicação do princípio da publicidade aos procedimentos licitatórios significa o correto e esperado atendimento aos princípios norteadores da licitação. Implica uma ampla divulgação e o conhecimento dos interessados acerca do conhecimento da licitação, conhecimento do edital, das decisões referentes aos atos tomados pela comissão de licitação até o conhecimento da Ata de homologação da licitação.

1.6 Princípio da Economicidade

Tal princípio está ligado à eficiência e moralidade, devendo os recursos públicos serem administrados conforme regras éticas, com total respeito à probidade administrativa. Impõe a correta aplicação desses recursos públicos, para que produzam os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo.

Mas nem tão somente o princípio da economicidade recai sobre o conteúdo econômico. Há valores de importante relevância que fazem parte desta modalidade de contratação pela Administração Pública, que é a licitação.

Justen Filho (2008, p. 74) assinala que:

Nem sempre a Administração se depara apenas com problemas patrimoniais. A seleção da melhor alternativa nem sempre se caracteriza pela maior vantagem econômica. Deve-se examinar se a busca pela maior vantagem não colocará em risco outros valores de maior importância e hierarquia superior. Se esta busca pela maior vantajosidade econômica colocar em risco a integridade de vidas humanas, o Estado de imediato deverá optar por outras alternativas. Terá obrigatoriamente que escolher a via mais onerosa economicamente, mas adequada a preservar a integridade dos indivíduos.

É relevante no edital de Sistema de Registro de Preços, haver a fixação fundamentada de limites mínimo e máximo de preços a serem cotados pelos licitantes em detrimento desse princípio da economicidade. Não há de se pensar em fortes indícios de excessividade dos preços mínimos fixados no Edital. (AC. Nº 3062, TCU – PLENÁRIO, 2008).

1.7 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Tal princípio está consagrado no caput do art. 41 da Lei 8666/93, no qual a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. O edital torna-se lei entre as partes e depois de publicado, não pode sofrer mais alterações, exceto de assim exigir o interesse público.

De acordo com Justen Filho (2008, p. 417):

[...] o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como legalidade, a moralidade, a isonomia.

De acordo com Justen Filho (2008, p. 61), a vinculação ao instrumento convocatório impõe a objetivação da decisão e da escolha do administrador. Significa que a Lei impõe que a seleção do contratante e a definição do contrato sejam retiradas do plano das meras cogitações pessoais e particulares do agente administrativo que exercita a função de julgar as propostas. A escolha do administrador obedece um parâmetro de racionalidade, adequação e conveniência. A licitação não é apenas uma sucessão formal e mecânicas de atos.

A exigência da vinculação do administrador (no caso das licitações, de suas respectivas comissões), não é absoluta, sob pena de quebra da competitividade. Com essa inteligência vêm nossos Tribunais mitigando o princípio do formalismo procedimental, quando se tratar de mera irregularidade. (JUSTEN FILHO, 2008).

É imperioso ter em vista que a realização das formalidades próprias à licitação não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo Direito. Existe uma espécie de ‘presunção’ jurídica. Presume-se que a observância das formalidades inerentes à licitação acarretará a mais adequada e satisfatória realização dos fins buscados pelo Direito. Mas isso não autoriza transformar a licitação numa espécie de solenidade litúrgica, em que se ignora sua natureza teleológica. (AC. Nº 2804, TCU – PLENÁRIO, 2009, P. 06).

Torna-se, portanto, reprovável a utilização de procedimentos que, mesmo conforme o texto legislativo, ocasionem sacrifícios dos interesses estatais ou ocasionem resultados excessivos e fora da normalidade.

No Sistema de Registro de Preços e certamente em todas as modalidades licitatórias, a vinculação ao instrumento convocatório e a legalidade são princípios inter-relacionados. A validade dos atos administrativos praticados no curso da licitação depende de sua compatibilidade não apenas com a Lei mas também com os atos administrativos praticados nas etapas iniciais. (JUSTEN FILHO, 2008).

Para exemplificar a respeito desse princípio, destacamos que, a jurisprudência do TCU, bem como a doutrina, evoluiu e em julgados recentes, passou a admitir exigências quanto à capacidade técnica-operacional. Porém, essas devem ser suficientes, razoáveis e estritamente necessárias para comprovar a capacidade do licitante em cumprir o objeto a que se propõe executar. Ademais, os motivos dessas exigências devem, expressamente, constar no procedimento licitatório. Não se admite a inserção de cláusulas editalícias que restrinjam o caráter competitivo do certame. (AC. Nº 1407, TCU – PLENÁRIO, 2007).

2 O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

O legislador descreveu o conceito do Sistema de Registro de Preços (SRP) no art. 15, inciso II e parágrafos 1º a 6º, da Lei nº 8.666/93, então regulamentado pelo Decreto nº 3.931/01, alterado pelo Decreto nº 4.342/02. O Decreto nº 3.931/01, em seu art. 1º, parágrafo único, I, define por sua vez, o SRP como um "conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras".

A modalidade licitatória de Sistema de Registro de Preços (SRP) é um procedimento especial de licitação e pode ser realizado nas modalidades Concorrência Pública (§ 3º do artigo 15 da Lei 8666/93) ou Pregão (artigo 11 da Lei 10.520/02).

Segundo conceito apresentado por Fernandes (2008, p. 27):

[...] seleciona-se por parte da Administração Pública, a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, para eventual e futura contratação pela Administração.

É um procedimento especial por não obrigar a aquisição do produto ou serviço, previsto em lei, assim como as outras formas comuns de contratação, realizadas pela Administração. É um sistema flexível por ser realizado por concorrência ou pregão, o que permite à Administração comprar de acordo com suas necessidades diretas, não apenas por estimativas ou sem referências seguras.

Ainda de acordo com Fernandes (2003, p.29):

No Sistema de Registro de Preços, a Administração vincula-se, em termos, à proposta do licitante vencedor, na exata medida em que, juridicamente, ele, - o licitante – também se vincula. Desse modo: a Administração não está obrigada a comprar;

- a) o licitante tem o dever de garantir o preço, salvo supervenientes e comprovadas alterações dos custos dos insumos;
- b) a Administração não pode comprar de outro licitante que não seja aquele que ofereceu na proposta;
- c) o licitante tem a possibilidade de exonerar-se do compromisso assumido, na ocorrência de caso fortuito ou força maior, na forma preconizada, inclusive no §2º, art. 13, do Decreto no 3.931/01.

Para Justen Filho (2008, p. 144), o registro de preços é um contrato normativo, constituído como um cadastro de produtos e fornecedores, selecionados mediante licitação, para contratações sucessivas de bens e serviços, respeitados os lotes mínimos e outros itens do edital. Tal contrato é a expressão do registro de preços, que indica uma relação jurídica de cunho preliminar e abrangente, estabelecendo vínculo jurídico e disciplinando o modo de aperfeiçoamento de futuras contratações entre as partes.

No registro de preços, as quantidades e qualidades dos produtos ou serviços a serem adquiridos pela Administração, são anteriormente definidas em seus instrumentos convocatórios. A Administração, estima quantidades máximas e mínimas a serem pactuadas.

Sendo as condições pactuadas vinculantes tanto para a Administração, quanto para as partes, a Administração Pública não poderá exigir que o particular entregue produtos em qualidade, quantidade ou condições distintas daquelas estabelecidas no edital. Deverão ser observadas as regras quanto ao pagamento e ao preço (JUSTEN FILHO, 2008).

Tudo em estrita observância aos requisitos anteriormente solicitados no edital e que após o procedimento licitatório, estarão dispostos no contrato normativo.

Ainda conforme Filho (2008, p.180):

[...] no sistema de registro de preços, a principal diferença reside no objeto da licitação. Usualmente, a licitação destina-se a selecionar um fornecedor e uma proposta para uma contratação específica, a ser efetivada posteriormente pela Administração. No registro de preços, a licitação destina-se a selecionar fornecedor e proposta para contratações não específicas, seriadas, que poderão ser realizadas durante um certo período, por repetidas vezes. A proposta selecionada fica à disposição da Administração que, se e quando desejar adquirir, se valerá dos preços registrados, tantas vezes quantas o desejar (dentro dos limites estabelecidos no ato convocatório).

Uma das características predominantes do Sistema de Registro de Preços é uma futura e eventual contratação. A Administração somente contratará com o licitante, se precisar realmente do produto ou serviço, adquirindo-o então, por meio

daquele que ofereceu a proposta mais vantajosa, condicionando tal compromisso há um tempo determinado em lei. A licitação tem um objeto específico e determinado e o contrato que dela se deriva, terá de respeitar esses limites.

Com o Registro de preços, basta uma única licitação. Os preços ficam à disposição da Administração, que formalizará as aquisições somente quando lhe for conveniente, desta forma, elimina a burocracia, os custos e os desgastes referentes a uma grande quantidade de licitações. Estas características são consideradas como vantagens desse sistema. (JUSTEN FILHO, 2008).

Para Fernandes (2003. p. 32):

Será indispensável indicar precisamente o objeto a ser adquirido pela Administração, para que a avaliação da proposta seja feita entre aqueles contratantes que atendam os requisitos do edital e ofereçam o menor preço. Por isso, a proposta vencedora é a mais vantajosa para a Administração, assim como é o conceito de licitação.

O SRP veio atender a várias necessidades da Administração ao simplificar a aquisição de produtos e serviços de consumo frequente e diminuir o tempo nas aquisições. Essa é uma das vantagens mais marcantes desse sistema, por isso, a sua grande utilização. (AC. Nº 991, TCU – PLENÁRIO, 2009).

Pode-se apontar, ainda, conforme o AC. nº 991, TCU – Plenário, (2009, p. 04), outros benefícios advindos da adoção do SRP:

- a) eliminação do fracionamento de despesa, visto que o registro de preços deverá ser precedido de procedimento licitatório na modalidade concorrência ou pregão, independentemente do valor;
- b) não há obrigação de a Administração adquirir o quantitativo registrado;
- c) diminuição dos custos de armazenagem e das perdas por perecimento ou má conservação, uma vez que a Administração contrata na medida de suas necessidades;
- d) possibilidade de maior economia de escala, uma vez que diversos órgãos e entidades podem participar da mesma ata de registro de preços, adquirindo em conjunto produtos ou serviços para o prazo de até um ano.

Não há a necessidade de disponibilizar um grande volume de capital em uma única compra, haja vista que estas serão realizadas de forma paulatina, atendendo a cada necessidade que venha a surgir (FERNANDES, 2006).

Ademais, temos também como benefício da utilização do Sistema de Registro de Preços, a transparência nas aquisições públicas, visto que os preços cotados são acessíveis a todos e sempre atualizados, bem como publicados nos sistemas de compras governamentais atuais.

No Sistema de Registro de Preços, a Administração efetiva a licitação para depois aguardar a liberação dos recursos orçamentários, que serão utilizados nas contratações. Diferente da sistemática comum de contratação, onde a Administração realiza cada licitação conforme prevê a existência de recursos disponíveis (JUSTEN FILHO, 2008).

No entanto, cabe aludir que a sistemática promovida pelo SRP, embora constitua fator de simplificação e facilitação do trabalho do gestor, não prescinde das funções de planejamento e controle. Pelo contrário, considerando a necessidade de prover os fornecedores da estimativa correta de quantitativos (máximos e mínimos) a serem fornecidos, da frequência de fornecimento, dos locais de entrega, etc., é imperiosa a conclusão de que uma implementação do SRP exige planejamento e controle contínuos. (AC. N° 991, TCU – PLENÁRIO, 2009, P. 05).

2.1 Prazo de validade do Sistema de Registro de Preços

O prazo de validade do registro é de um ano, assim como o previsto no art. 15, § 3º, inc. III, da Lei de Licitações, diferente do prazo de validade da licitação comum, que têm suas propostas válidas por sessenta dias, contados da data de sua entrega, conforme preconiza o art. 64, 3º, da Lei de Licitações.

Assim entende Justen Filho (2008, p. 146) a respeito do prazo de validade da licitação comum e do Sistema de Registro de Preços:

Em termos práticos, significa que, numa licitação comum, a Administração tem o prazo de sessenta dias, contados da entrega das propostas, para realizar a contratação. Após esse prazo, poderá ser constrangida a realizar uma nova licitação, o mesmo fim. Portanto, a Administração poderá ser obrigada a realizar diversas licitações num mesmo ano. Com o sistema de registro de preços, esse problema fica eliminado, pois as propostas valerão por até um ano.

Nas licitações para registro de preços, os licitantes vencedores são chamados para assinar a ata de registro de preços, e não para assinar o contrato de fornecimento ou de prestação de serviços, como numa licitação comum. E a validade desta ata é o mesmo do disposto no inciso III do § 3º do artigo 15 da Lei nº 8.666/1993, ou seja, não poderá ser superior a um ano, admitindo-se prorrogações, desde que ocorram dentro desse prazo.

A assinatura da ata não obriga a Administração a realizar as contratações previstas no edital, a teor do art. 15, § 4º, da Lei nº 8.666/93. Contudo, o detentor da ata (licitante vencedor) tem a obrigação de realizar as contratações, quando a Administração assim o desejar, respeitado o quantitativo do bem ou do serviço previsto no edital e na ata (AC. Nº 991, TCU – PLENÁRIO, 2009, P. 07).

O Decreto nº 3.931/01 em seu art. 1º, parágrafo único, II, define a ata de registro de preços como, documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, onde se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas.

O Decreto, ao se referir sobre o assunto em seu art. 4º, dispõe: "Art. 4º O prazo de validade da Ata de Registro de Preço não poderá ser superior a um ano, computadas neste as eventuais prorrogações. § 1º Os contratos decorrentes do SRP terão sua vigência conforme as disposições contidas nos instrumentos convocatórios e respectivos contratos, obedecido o disposto no art. 57 da Lei no 8.666, de 1993. § 2º É admitida a prorrogação da vigência da Ata, nos termos do art. 57, § 4º, da Lei nº 8.666, de 1993, quando a proposta continuar se mostrando mais vantajosa, satisfeitos os demais requisitos desta norma."

Por sua vez, o § 2º do art. 4º do Decreto nº 3.931/2001 cria a exceção à regra geral, ao admitir prorrogação da vigência da ata nos termos do art. 57, § 4º, da Lei nº 8.666/93: "§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses”.

Portanto, sobre a vigência da ata de registro de preços, a regra geral é de que esta não deverá, em condições normais, ter prazo de validade superior a um ano. Se assim não for, será considerado como exceção à regra.

Fernandes (2003, p. 371) comenta sobre os aspectos relevantes do caput do art. 4º do Decreto nº 3.931/2001:

1. O prazo de validade máximo para o SRP é de um ano, ressalvada a exceção prevista no § 2º, adiante comentada;
2. Se for fixado prazo inferior, admite-se a prorrogação do prazo até que se complete um ano;
3. A possibilidade de prorrogação, em face do princípio da vinculação da Administração e dos licitantes ao instrumento convocatório, deverá estar prevista no respectivo edital, como conditio *sine quae non* à prorrogação;
4. Se o licitante que tiver seu preço registrado não aceitar a prorrogação, a Administração poderá convocar os licitantes remanescentes;
5. Não há obrigatoriedade de que o prazo de validade do SRP seja coincidente com o exercício financeiro, pois a exigência de recursos orçamentários não se aplica ao SRP.

Fernandes ainda ressalta (2003, p. 375):

Inovando, o Decreto nº 3.931/01 passou a admitir a prorrogação excepcional da Ata de Registro de Preços por até um ano, excepcionalmente. A excepcionalidade que justifica a aplicação dessa norma foi delimitada às seguintes condições:

a) continuar se mostrando vantajosa.

Esse fato pode ser comprovado pela pesquisa de preços, pela satisfação dos usuários e eficiência das contratações. Não é, portanto, poder discricionário livre de questionamentos, mas que deve ser motivado, sempre à luz do interesse público.

b) manter os demais requisitos do Decreto.

A obediência às demais regras do SRP é inafastável.

Há ainda outra situação de vantagem para a Administração advinda do registro de preços, que é a hipótese em que as aquisições poderão ser destinadas a diferentes órgãos ou entidades. Serão realizadas então, compras autônomas, por órgãos diferentes, mas todas vinculadas ao registro de preços, obtido por uma única licitação. Tais órgãos usarão o registro de preços para solicitar os objetos das quantidades e qualidades que necessitarem (JUSTEN FILHO, 2008).

Sabe-se sim que o Sistema de Registro de Preços possui vantagens e traz celeridade ao processo licitatório. Mas a questão principal em tela versa sobre as distorções a esse sistema criadas pela figura do “carona” como se verá a seguir.

3 A FIGURA DO “CARONA” E O LIMITE DE SUA UTILIZAÇÃO NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

A prática conhecida como “carona” é considerada uma distorção da utilização do Sistema de Registro de Preços. Surgiu a partir da introdução pelo Dec. nº 4.342/2002 de um § 3º para o art. 8º do Dec. Fed. nº 3.931/2001, que regulamenta, no âmbito federal, o SRP.

O citado art. 8º permitiu que órgãos públicos se beneficiem da utilização da Ata de Registro de Preços, desde que se mostre vantajosa para a instituição pública. Assim dispõe:

Art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.

Já o § 3º fixou que:

As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços.

Além desses dispositivos, podemos também citar o § 2º, do Art. 4º do Decreto nº 3.931/01, o qual se admite a prorrogação da vigência da Ata, nos termos do art. 57, § 4º, da Lei nº 8.666, de 1993, quando a proposta continuar se mostrando mais vantajosa, satisfeitos os demais requisitos desta norma.

E a interpretação que se dá ao § 2º do art. 4º do Decreto, é que este possibilita que uma ata de registro de preços vigore por até dois anos, contrariando o disposto no art. 15, § 3º, III, da Lei nº 8.666/93, que impõe que a validade do registro de preços não seja superior a um ano.

A partir da livre interpretação desses dispositivos criaram-se possibilidades de prorrogações sucessivas de atas de registro de preço com a renovação de seus quantitativos iniciais, sem observar que uma mera menção à essas

possibilidades eventuais de prorrogação da ata e do contrato dela decorrente deve constar do edital, em observância aos princípios da igualdade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório constantes do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, além de propiciar infringência aos da eficiência, impessoalidade e moralidade. (AC. Nº 1487, TCU – PLENÁRIO, 2007).

Pelo entendimento de Justen Filho (2007, p. 01):

A prática conhecida como "carona" consiste na utilização por um órgão administrativo do sistema de registro de preço alheio. Como se sabe, o registro de preços é implantado mediante uma licitação, promovida no âmbito de um ou mais órgãos administrativos. Essa licitação é modelada de acordo com as necessidades dos órgãos que participam do sistema. A "carona" ocorre quando um outro órgão, não participante originariamente do registro de preços, realiza contratações com base no dito registro. Essa contratação adicional não é computada para efeito de exaurimento dos quantitativos máximos previstos originalmente por ocasião da licitação. O único limite a ser respeitado seria a observância, por órgão não participante originalmente do sistema, do limite de 100% dos quantitativos registrados.

Sabe-se que o Decreto nº 3.931/2001 com devidas alterações feitas pelo Decreto nº 4.342/2002, estabeleceu que o sistema de registro de preços deve ser preferencialmente adotado nas aquisições de bens ou contratações de serviços que se enquadrem nas hipóteses previstas em seu art. 2º, sempre que tal sistema mostrar-se apropriado:

Art. 2º Será adotado, preferencialmente, o SRP nas seguintes hipóteses:

- I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações freqüentes;
- II - quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;
- III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e
- IV - quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Mas este Decreto vem causando discussões na doutrina, à medida que deixa aberto o campo de possibilidades para que apenas um fornecedor celebre contratos com vários órgãos da Administração, a partir da interpretação dos citados parágrafos do Art. 4º e Art. 8º, tendo o valor de sua contratação multiplicada de forma astronômica, o que, aponta para violação de outros princípios básicos que norteiam a licitação, como a igualdade de condições entre os concorrentes e a ampla competitividade e isonomia.

Justen Filho (2008, p. 190) cita a importância da aplicação do princípio da isonomia, ao tratarmos sobre a figura do “carona”:

O princípio da isonomia impõe que todos os potenciais interessados tomem ciência da extensão das contratações que a Administração pretende realizar. Não é possível que uma licitação aparentemente irrelevante, que não desperta atenção e competição entre os empresários do setor, seja transformada em uma fonte inesgotável de contratações para o licitante que a venceu.

A utilização do “carona” pode levar ao fornecimento do produto ou serviço em quantitativos muito superiores à estimativa da ata de registro de preços. No entanto, tal dispositivo tem causado grande perplexidade na doutrina, perante o flagrante desrespeito aos princípios licitatórios já mencionados. (AC. Nº 1487, TCU – PLENÁRIO, 2007).

Em outras palavras, órgãos ou entidades da Administração não participam de licitação para registro de preços e, portanto, não estão inseridos na Ata respectiva, daí dela se utilizam nas suas contratações de formas além do limite estabelecidos na lei, tanto em relação ao prazo de um ano, quanto ao uso dos quantitativos originários.

Reis (2008, p. 05) fala sobre as questões ora discutidas na doutrina e jurisprudência, advindas da utilização do “carona”:

a) poderia essa figura (que introduz uma nova hipótese de contratação sem licitação) ser criada por decreto? Seria esse o diploma legal competente, ou o decreto só poderia tratar do carona regulamentando-o, nesse caso desde que sua existência fosse estabelecida por lei ordinária?

b) a existência do carona atende aos princípios que regem as licitações? Seria constitucional a realização de uma licitação estabelecendo, no ato convocatório, um determinado quantitativo, que, ao final, seria muitas vezes ultrapassado pelas adesões?

c) o órgão/entidade que participa da Ata só pode acrescer ao quantitativo inicialmente licitado até o limite de 25% do valor inicial atualizado de cada contrato dela decorrente, nos termos do § 1º do art. 65 da Lei de Licitações. Já outro órgão/entidade, que sequer participa a Ata, pode utilizá-la em até 100% do quantitativo nela registrado (aqui admitindo o quantitativo total, isto é, o somatório das quantidades registradas para cada órgão/entidade participante), sem excluir a possibilidade do acréscimo de mais 25% do valor inicial atualizado do contrato que formalizou em consequência da adesão à Ata. Isso é constitucional?

d) o SRP foi criado para atender as contratações freqüentes, para as necessidades rotineiras. Órgão ou entidade que tenha necessidades rotineiras pode deixar de realizar licitações para registro de preços e passar a aderir às Atas vigentes no mercado? Ou, inversamente, se para um determinado órgão/entidade a necessidade do bem ou do serviço não é freqüente (trata-se de uma necessidade que, para esse órgão/entidade, só existe naquele momento), a contratação pode ser feita utilizando um Registro de Preços, por meio de adesão a uma Ata?

Para Furtado (2007, p. 387-388):

O fornecedor, desde que tenha previamente acertado com outros órgãos a celebração desses contratos de carona, informação que não é compartilhada pelos demais fornecedores, sabe que pode apresentar preço mais reduzido porque irá ganhar com a economia de escala, com violação básica do princípio da isonomia entre os licitantes.

E o órgão público por sua vez ao selecionar alguma Ata que lhe interessa, em curto prazo, firmará o instrumento contratual competente e receber o bem ou o serviço contratado de forma diversa de uma licitação comum. Com tantas vantagens, este certamente iria optar por não realizar o procedimento licitatório devido. Desse modo tenderia para que, enquanto alguns órgãos realizam licitações para registro de preços, outros tantos simplesmente iriam ader às Atas.

Sabe-se que o TCU já se pronunciou a favor do combate a essa prática, no qual mereceu explícita reprovação do Plenário do TCU, por meio do Acórdão nº1487/2007- Plenário (Relator Min. Valmir Campelo) e também no Plenário do TCU pelo Acórdão nº 991/2009 (Relator Min. Marcos Vinicius Vilaça). Ressaltando que essas decisões já são objetos de consulta nesta pesquisa.

Trata-se assim, conforme entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, de prática inválida. Seja por frustrar princípio da obrigatoriedade da licitação, configurando dispensa de licitação sem previsão legislativa, ou por não se invocar a existência de uma licitação anterior, eis que tal licitação tinha finalidade e limite definidos no edital. O Direito brasileiro não autoriza que uma contratação seja realizada com base em licitação promovida para outros fins - nem mesmo mediante a invocação da vantajosidade das condições originais, o que nos leva ao entendimento que a instituição da figura do carona dependeria claramente de uma previsão legislativa, a qual não existe. (JUSTEN FILHO, 2007).

3.1 Riscos e desvantagens advindos com a utilização do “carona”.

O Fornecedor em suas variadas tentativas de obter vantagens e lucros por meio das contratações realizadas com a Administração Pública encontra argumentos em prol da prática do “carona”, consubstanciando riscos e demonstrando a dificuldade vivida pela Administração Pública quando, ao criar alguma medida de economia processual ou de melhoria de eficiência do setor público, sempre surge alguém disposto a dela tirar proveito por meio de fraudes, desvios, conluíus, atos ilícitos, etc.

Como exemplo, Furtado (2007, p. 387), assim disserta em relação aos riscos inerentes à sistemática do “carona”:

Não obstante a sistemática da carona se trate de medida que valoriza a eficiência e a economia processual, ela abre as portas à fraude e ao conluio.

Apenas para se ter uma ideia, se determinada unidade da Administração Pública decide realizar a contratação, por meio do Sistema de Registro de Preços, de cem notebooks, esta contratação poderá transformar-se no fornecimento de mais de mil outras unidades, caso outros diferentes órgãos ou entidades decidam “tomar carona” na licitação feita pela primeira unidade administrativa.

[...] No exemplo citado, o fornecedor, desde que tenha previamente acertado com outros órgãos a celebração desses contratos de carona, informação que não é compartilhada pelos demais fornecedores, sabe que pode apresentar preço mais reduzido porque irá ganhar com a economia de escala, com violação básica do princípio da isonomia entre os licitantes.

Justen Filho (2008, p. 147), trata sobre os riscos da obsolescência e de incompletude:

Pela obsolescência, a Administração deve atentar para o surgimento de novos produtos e para as oscilações de preços no mercado, para aferir se o produto (ou serviço) registrado ainda encontra-se adequado.

Em relação à incompletude, o autor afirma que seria reflexo da padronização imposta pelo registro de preços. Isso, pois, quando a Administração organiza o registro e promove a licitação, acaba estabelecendo categorias gerais de produtos, que podem não atender a necessidades específicas. (JUSTEN FILHO, 2008).

Além desses riscos, podemos também citar os advindos de disposições expressas do Decreto nº 3.931/01, como a possibilidade de adesão de ilimitados "caronas" a atas de registro de preços já vigentes, e de omissões do mencionado decreto, como a possibilidade de prorrogações sucessivas de atas de registro de preço com a renovação de seus quantitativos iniciais em cada prorrogação (AC. Nº 991, TCU – PLENÁRIO, 2009, P. 04).

A prorrogação da ata de registro de preços com o restabelecimento dos quantitativos iniciais significaria, admitir a alteração do objeto da licitação após a realização do procedimento licitatório, o que não encontra base legal. Questão principal do presente trabalho.

Desse modo, uma vez exaurido o registro, não cabe realizar novas contratações com base naquele registro, uma vez que a licitação foi efetivada para a contratação do objeto fixado. (AC. Nº 991, TCU – PLENÁRIO, 2009, P. 04).

Assim se manifesta Justen Filho (2008, p. 193) quanto à ilegalidade do § 2º do art. 4º do Decreto nº 3.931/01:

O prazo de validade do registro é de um ano, tal como previsto no art. 15, § 3º, inc. III, da Lei de Licitações. A determinação constante do art. 4º, § 2º, do Regulamento é gritantemente ilegal. É evidente a impossibilidade de aplicar ao registro de preços a determinação específica e excepcional contida no art. 57, § 4º, da Lei de Licitações. Essa disposição refere-se única e exclusivamente aos contratos de

prestação de serviços contínuos. Não é extensível a qualquer outra manifestação contratual. Uma ata de registro de preços não retrata um "serviço continuado". Quando muito, é uma relação jurídica continuada. A disposição examinada contraria frontalmente o texto expresso da Lei. [...] A renovação de ata de registro de preços, além do prazo original, configura infração ao texto expresso da Lei nº 8.666, devendo ser reconhecida como inválida.

Desse modo, uma vez exaurido o registro, não cabe realizar novas contratações. Se o gestor já tem conhecimento, de antemão, do prazo de vigência da ata, e do fato de que tal prazo não pode superar um ano, qual a justificativa para não realizar, com antecedência suficiente, novo procedimento licitatório para a obtenção de nova ata? Não pode o SRP se tornar mero instrumento de conveniência ao gestor desidioso quanto aos seus deveres. (AC. Nº 991, TCU – PLENÁRIO, 2009, P. 04).

As contratações públicas antes de quaisquer procedimentos não devem prescindir de planejamento e controle e seu instrumento vinculatório precisa ser certo e objetivo, não deixando livre à interpretação do fornecedor.

Frisando o que foi exposto no Acórdão nº 991, TCU – Plenário (2009, p. 10):

O MP/TCU tem se pronunciado pela legalidade do art. 4º, § 2º, do Decreto nº 3.931/01, com o argumento de que se trata de medida de caráter excepcional, portanto, não se pode ignorar que a Lei de Licitações já prevê mecanismos adequados à aquisição de produtos e serviços em situações consideradas excepcionais, como as previstas nos incisos III e IV do art. 24 e no § 4º do art. 57. Assim não se justifica que, por decreto, contrariando a Lei de Licitações e a Constituição Federal, institua-se mais um mecanismo para atendimento a situações excepcionais.

Assim, nesse trabalho, entende-se de que não há amparo legal para que uma ata de registro de preços vigore por prazo superior a um ano e que a figura do “carona” constitui prática em confronto com a Lei que rege o procedimento licitatório.

A ampliação dos quantitativos do edital seria uma solução ilegal, adotada pelos órgãos que se utilizam da figura do “carona”. A possibilidade das aquisições superarem os quantitativos registrados fere o princípio da vinculação ao

instrumento convocatório, pois, se o edital já determina os quantitativos máximos, não será permitido ultrapassar esses limites.

Ao pegar “carona” na Ata de Registro de Preços de outros órgãos, a entidade pública que não participou originariamente da licitação, tem que preencher alguns requisitos. Primeiramente, incube ao órgão que pretende aderir ao SRP alheio, a justificativa dos motivos para tal adesão e os fundamentos por não implementar seu próprio Sistema de Registro de Preços.

Ainda, para Justen Filho (2008, p.196):

O órgão não participante deve se atentar aos requisitos de validade da licitação cabível, como exemplo, a publicidade, verificando se a implantação do SRP foi precedida das mesmas formas de publicidade que seriam exigidas caso a licitação tivesse sido promovida pelo órgão interessado, e, comprovar, que nos termos da contratação são vantajosos os interesses da Administração Pública inclusive, dar ampla publicidade à essa intenção, para permitir que quaisquer outros interessados evidenciem que poderiam promover o fornecimento em condições satisfatórias.

Por fim, quanto aos requisitos que pressupõem o interesse da Administração em se utilizar da figura do “carona”, um dos mais relevantes é o de que, não será possível ultrapassar o limite de 100% dos quantitativos limitados, com vistas à invalidade do art. 8º, §.3º, introduzido pelo Decreto Federal 4.342.

O histórico dos gastos anuais de muitos dos órgão do Governo com realização de eventos indica que há extrapolação orçamentária, pois o valor das propostas declaradas vencedoras em muitos dos certames é verificado como sendo cerca de dez vezes superior ao valor que inicialmente seria despendido anualmente pelo órgão, o que caracteriza possível intenção de se utilizar essa licitação como carona, via Sistema de Registro de Preços, para contratações com outros setores do Governo Federal. (AC. Nº 2326-33, TCU – PLENÁRIO, 2010).

3.1.1 Mercado paralelo

Os fornecedores detentores das Atas de Registros de Preços a partir de reiteradas utilizações do “carona” adquiriram a prática de divulgar seus itens licitados aos órgãos públicos pelo insistente assédio de seus representantes comerciais e até mesmo, por meio de empresas de consultorias especializadas nesse tipo de “comércio”. Ou seja, oferecem seus produtos com vantagens excepcionais, surgindo assim, o costume da desnecessidade de licitação. Pela regra, é a Administração Pública que tem a tarefa de divulgação dos objetos e serviços a serem adquiridos por meio de editais, demonstrando o interesse em adquirir tais produtos, não o contrário.

Ora, essas práticas reiteradas e costumeiras acabam gerando um incontrolável mercado paralelo às aquisições realizadas pelos órgãos públicos, a medida que a publicidade e o controle das licitações vai ficando de lado, dando espaço à um enorme balcão de negócios e à abertura à redes de corrupção.

Niebuhr (2006, p.106) manifesta-se sobre a incidência do mercado paralelo que surge como consequência do “carona”, da seguinte forma:

O carona é o júbilo dos lobistas, do tráfico de influência e da corrupção, especialmente num País como o nosso, com instituições e meios de controle tão frágeis. Os lobistas e os corruptores não precisam mais propor o direcionamento de licitação; basta proporem o carona e tudo está resolvido. [...] Sem sombra de dúvida este mercado paralelo estas negociações feitas antes e durante o processamento da adesão a uma Ata de Registro de Preços, está velado a proporcionar no mínimo ausência de transparência e publicidade e consequentemente de controle nas contratações da administração pública e desta ausência à prática de atos irregulares e prejudiciais aos cofres públicos o caminho é verdadeiramente curto.

É cediço, portanto, que este mercado paralelo de aquisições (bens e serviços) contratadas sem licitação, gera atos de corrupção e de desvios de interesses (público e privado), o que chegou a produzir o que chamamos de “kit Carona”, comercializado deliberadamente diante do Poder Público.

3.1.2 Improbidade Administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429 de 02.06.1992), em seu art. X, inciso VIII, trata da ofensa ao princípio licitatório encontrado no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, ao dispor sobre duas condutas distintas: frustração da licitude do processo licitatório e dispensa indevida da licitação.

Pazzaglini (2002, p.84) exemplifica essas duas condutas:

Frustrar a legalidade da licitação significa fraudar, burlar, tornar inútil o procedimento licitatório, mais especificamente, o caráter competitivo da licitação. Dispensar indevidamente a licitação quer dizer deixar de promovê-la fora das hipóteses excepcionais previstas na legislação.

Os atos de fraudar, burlar, tornar inútil o procedimento licitatório sintetizam riscos causados pela utilização do “carona”, que ocorrem a partir da adesão sem limites à Ata de Registro de Preços por inúmeros órgãos da Administração Pública. Podem ocorrer por ação ou omissão, dolosa ou culposa do agente público em seu exercício funcional e que cause dano econômico efetivo ao erário. É própria classificação da Lei ao tratar dos atos que causam prejuízo ao erário, afrontando a questão da moralidade na administração pública brasileira.

Não obstante à violação aos princípios constitucionais e licitatórios que são afetados pelo “carona”, e da previsão legal existente, a prática explícita e consciente do ato de dar ou pegar carona, fugindo à regra da licitação obrigatória, pode ser visivelmente caracterizada como Ato de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

No que tange as condutas de improbidade administrativa praticadas por servidores públicos e neste caso, os que são responsáveis por procedimentos licitatórios, a solução da maior parte dos dilemas de natureza moral e ética pode ser alcançada pelo simples uso do “bom senso” ou pela aplicação da conhecida regra de outro “não faças o que não gostaria que fosse feito para si mesmo”. Mas nem o bom

senso, nem a regra de outro têm, por si só, o condão de assegurar padrões morais e éticos efetivos nos órgãos da Administração Pública. (SOARES, 2002).

Desta forma é preciso buscar a aplicação dos mecanismos de controle à disposição da Administração Pública visando não somente a proteção do interesse e do patrimônio público, mas a defesa da moralidade e probidade administrativa.

3.1.3 “Jogo de planilhas” e distorções dos preços unitários

O chamado “jogo de planilhas” advém de distorções de preços mínimos e unitários constantes no edital de uma Ata de Registro de Preços. O menor somatório dos preços unitários de cada item, não garante o alcance da melhor proposta para a Administração Pública, visto que esses preços mínimos são distorcidos no momento da formulação de contratos derivados de uma Ata original pelos órgãos que se utilizam do “carona”. No denominado ‘jogo de planilha’ os licitantes podem tirar proveito de deficiências claras na previsão de quantitativos, ou mesmo manipulá-los em seu favor na execução contratual. (AC. Nº 2326-33, TCU – PLENÁRIO, 2010, P. 04).

Em outras palavras, alguns dos itens unitários menos demandados apresentam preços irrisórios, às vezes, inexequíveis. Uma vez que o critério de escolha a ser adotado passa a ser a menor soma dos itens unitários, a Administração poderia escolher uma proposta menos vantajosa que outra, a depender da proporção dos produtos ou serviços a serem adquiridos.

Para exemplificar fato decorrente de tal risco, é que foi proposto ao Tribunal de Contas da União em decisão no Acórdão, TCU – Plenário, nº 1487 (2007, p.08):

A adoção de medida cautelar visando a suspensão das autorizações concedidas pelo Ministério da Saúde para participação do registro de preços derivado do Pregão 15/2006, diante do risco advindo da confirmação de que outras execuções contratuais haveriam se derivado do registro de preços, ao qual o Tribunal apontou afronta ao princípio da economicidade por possibilitar a prática de ‘jogo de planilha’ na execução dos contratos.

Quando da avaliação de planilhas de composição dos preços ofertados por quaisquer empresas vencedoras do certame, diversas diligências devem ser postas para verificar a exequibilidade da proposta do menor preço, chegando-se à conclusão, inclusive após consulta à jurisprudência sobre o tema, da legalidade dessas contratações nas formas definidas pelo edital. Este, não deve conter itens com preços irrisórios, que estariam diluídos em outros itens.

3.2 Limites da utilização da Ata de Registro de Preços

Entende-se desde já que a ata de registro de preços não é um contrato de fornecimento, mas sim um instrumento obrigacional unilateral, regido pelo direito público, sem a conotação de contraprestação própria dos contratos das licitações comuns. Aqui, apenas as empresas fornecedoras se obrigam, quando da celebração de contratos futuros a proceder de acordo com as exigências estabelecidas. (LEÃO, 2000).

E que de acordo com o art. 8º do Decreto n.º 3.931/01, a Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.

Ainda, segundo o § 3º do citado artigo, as aquisições ou contratações adicionais a que se refere o art. 8º não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços, definidos no momento em que o órgão gerenciador consolida as informações relativas à estimativa individual e total de consumo para os órgãos que se manifestam previamente para participar do registro de preços (Art. 3º, § 2º, inciso II).

No entanto, tal dispositivo da Lei, nos leva ao seguinte questionamento: ao permitir que cada entidade que solicite adesão à ata utilize 100% do quantitativo inicialmente registrado, na prática, o órgão gerenciador faz com que o valor da contratação se multiplique diversas vezes.

Em caso examinado no Acórdão, TCU-Plenário nº 1487 (2007, p. 05):

[...] em licitação realizada pelo Ministério da Saúde, 62 entidades aderiram à sua ata de registro de preços. O valor estimado de contratações era de 32 milhões de reais. Se cada entidade pode utilizar, individualmente, 100% desse valor estimado, as contratações feitas junto à empresa vencedora do certame poderiam alcançar o valor de R\$ 1.984.000.000 (um bilhão, novecentos e oitenta e quatro milhões de reais).

Este ponto é que mais merece atenção em relação ao limite da utilização da Ata de Registro de Preços. A respeito vale ressaltar as considerações ilustradas no Acórdão, TCU-Plenário nº 1487 (2007, p. 06):

A regra consagrada de vigência dos contratos administrativos estabelece um limite temporal para execução da avença (em geral, na vigência dos respectivos créditos orçamentários, ou seja, um ano), com possibilidade de prorrogações também limitadas (vide art. 57 da Lei nº 8.666/93). Essa regra objetiva, primordialmente, exigir que a administração, periodicamente, retorne ao mercado, por meio de certames públicos, com vistas a aferir a possibilidade de obtenção de condições mais favoráveis para o fornecimento ou prestação de serviço pretendida. Além disso, quis o constituinte assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes (inc. XXI, art. 37, CF), de forma a preservar a observância do inalienável princípio da competição, que norteia as contratações do poder público. As normas visam estimular a boa disputa, minimizar o risco da formação de cartéis e viabilizar, por consequência, a multiplicação de potenciais fornecedores. Procura-se impedir que uma mesma empresa se perenize na condição de contratada, a não ser que continue propiciando, comprovadamente nas licitações, a proposta mais vantajosa para a administração.

Contudo, [...], com o advento do registro de preço e da possibilidade de adesão sem limites à respectiva ata, pela estreita via do decreto regulamentar, criaram-se as condições para que o vencedor de uma única licitação celebre múltiplos contratos com órgãos da administração. Tal faculdade, se exercida, viola diretamente, na prática, os citados princípios constitucionais e legais, além de propiciar infringência aos da eficiência, impessoalidade e moralidade.

O Decreto nº 3.931/01 ademais, estabeleceu que o edital deverá definir uma estimativa de quantidades a serem adquiridas dentro do prazo de validade do registro e uma quantidade mínima a ser cotada, mas mesmo a Administração não sendo obrigada a adquirir o quantitativo previsto, espera-se que as estimativas sejam bem elaboradas, de modo que os fornecedores tenham uma base mais segura para a

elaboração das propostas de preço e que as contratações por meio de uma única ata, não se perenizem.

É o que foi verificado no Acórdão, TCU-Plenário, nº 991 (2009, p.07) onde:

Embora não exista no mencionado Decreto a determinação expressa para a inclusão de um quantitativo máximo de aquisições, o art. 12 dispõe que "A Ata de Registro de Preços poderá sofrer alterações, obedecidas as disposições contidas no art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993". Pode-se inferir assim de tal artigo, que existe um limite máximo a ser fornecido, uma vez que a Administração não poderá impor ao detentor do registro de preços o fornecimento do produto ou serviço em quantitativo superior em 25% ao originalmente previsto.

Justen Filho (2008, p.193) também é favorável à existência de um limite máximo para as aquisições derivadas de uma ata de registro de preços, ao dispor que é possível sim, atingir-se o limite das aquisições previstas no edital. No entanto, se tal vier a ocorrer, dar-se-á o exaurimento do registro. Isso se verificará, por exemplo, quando a licitação para o registro tiver envolvido certo quantitativo de produtos. Imagine-se que as necessidades da Administração superem suas estimativas. É preciso adquirir quantidades que ultrapassam os montantes indicados por ocasião do registro. Nesse caso, aplicam-se as regras gerais acerca de vinculação dos contratos aos termos da licitação. Por decorrência, não caberá fundamentar a aquisição no registro de preços, eis que esse já se exauriu.

O entendimento majoritário na jurisprudência como demonstrado, é o de que não há amparo legal para que uma ata de registro de preços vigore por prazo superior a um ano, mesmo que se mostre mais vantajosa para a Administração Pública, e esta vantagem como é sabido, tem que ser comprovada e viabilizada por pesquisas de preços e mercado. Há necessidade aqui, de tão somente atender ao disposto no art. 8º do Decreto nº 3.931/01, alertando para a estrita observância da lei, sem criar inovações por meio de práticas costumeiras, no caso, a prática da utilização do “carona”.

Diante de todo o exposto, resta claro adotar medidas com o fim de evitar a prática da adesão ilimitada à uma única Ata de Registro de preços, por órgãos públicos ao contratar por meio de licitação. Como exemplo, antes de iniciar um

procedimento licitatório, a Administração deve realizar planejamento adequado acerca dos quantitativos dos produtos e serviços a serem adquiridos pelo SRP, e diante disso os fornecedores formularão seus preços de acordo com o quantitativo previsto no edital, o qual vinculará os contratos a serem firmados.

Ademais, que, durante a vigência da ata de registro de preços, os contratos poderão ser celebrados até que se esgotem os quantitativos registrados e se, ao aproximar-se o fim da vigência da ata, a Administração perceber que os quantitativos foram superestimados, poderá prorrogá-la (desde que dentro do período de um ano), a fim de possibilitar novas contratações pelo quantitativo remanescente. Caso não haja quantitativo remanescente, ou este seja pouco para justificar uma prorrogação da ata, a Administração deverá, então, realizar nova licitação, para registrar os preços dos produtos/serviços a serem contratados no próximo período. (AC. Nº 991, TCU-PLENÁRIO, 2009).

Conforme visão de Justen Filho (2008, p. 03), há a necessidade de perceber que a contratação adicional, não prevista originalmente, é potencialmente danosa aos cofres públicos. Daí se segue que a sua adoção envolve a assunção do administrador público do risco de produzir uma contratação equivocada. A comprovação de que a prática da “carona” produz enriquecimento injusto e indevido para o fornecedor privado deve conduzir à severa responsabilização dos agentes estatais que a adotaram.

A questão ora analisada recai tão somente, e por fim, sobre a adesão ilimitada a atas por parte de outros órgãos:

Diferente é a situação da adesão ilimitada a atas por parte de outros órgãos. Quanto a essa possibilidade não regulamentada pelo Decreto nº 3.931/2001, comungo o entendimento da unidade técnica e do Ministério Público que essa fragilidade do sistema afronta os princípios da competição e da igualdade de condições entre os licitantes [...] Para além da temática principiológica que, por si só já reclamaria a adoção de providências corretivas, também não pode deixar de ser considerada que, num cenário desses, a Administração perde na economia de escala, na medida em que, se a licitação fosse destinada inicialmente à contratação de serviços em montante bem superior ao demandado pelo órgão inicial, certamente os licitantes

teriam condições de oferecer maiores vantagens de preço em suas propostas. (AC. Nº 1487, TCU-PLENÁRIO, 2007, P. 07).

A Administração Pública ao permitir um ilimitado número de adesões às atas de registro de preços deixa clara a afronta os princípios da competição e da igualdade de condições entre os competidores, e isto deve ser combatido.

3.3 Necessidade de aperfeiçoamento da normatização da sistemática de Registro de Preços.

Atualmente, a posição predominante na jurisprudência, é de que o dispositivo que dá margem ao “carona” (§ 2º do art. 4º), constante no Decreto nº 3.931/01 é ilegal, mesmo que só se aplique em situações excepcionais, por vezes que qualquer exceção ao prazo máximo de um ano deverá ser estabelecido por lei, e não por decreto. O decreto regulamentador deve se ater às condições traçadas na lei. Não pode inovar no ordenamento jurídico nem contrariar o texto da lei que está sendo regulamentada. (AC. Nº 991, TCU-PLENÁRIO, 2009).

Reis (2008, p.04) assim se manifesta:

O § 2º do art. 4º do Decreto nº 3.931/01, alterado pelo Decreto nº 4.342/02, é flagrantemente inconstitucional e não pode ser utilizado. A vigência da Ata de Registro de Preços não poderá, em nenhuma hipótese, ultrapassar a um ano.

Consoante, Justen Filho (2008, p. 193) esclarece:

O prazo de validade do registro é de um ano, tal como previsto no art. 15, § 3º, inc. III, da Lei de Licitações. A determinação constante do art. 4º, § 2º, do Regulamento é gritantemente ilegal. É evidente a impossibilidade de aplicar ao registro de preços a determinação específica e excepcional contida no art. 57, § 4º, da Lei de Licitações. Essa disposição refere-se única e exclusivamente aos contratos de prestação de serviços contínuos. Não é extensível a qualquer outra manifestação contratual. Uma ata de registro de preços não retrata um “serviço continuado”. Quando muito, é uma relação jurídica continuada. A disposição examinada contraria frontalmente o texto expresso da Lei.

[...] A renovação de ata de registro de preços, além do prazo original, configura infração ao texto expresso da Lei nº 8.666, devendo ser reconhecida como inválida.

Conforme Voto do mencionado Acórdão, TCU-Plenário, nº 1407 (2007, p. 07):

O Decreto nº 3.931/2001 não se mostra incompatível com a Lei nº 8.666/93 no que tange à utilização do registro de preços tanto para serviços como para compras. Ademais, o art. 11 da Lei nº 10.520/2002 admite a utilização do sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei de Licitações nas contratações de bens e serviços comuns.

Tanto que a posição doutrinária bastante frizada nessa pesquisa, ao interpretar o sistema normativo, demonstra a compatibilidade entre o registro de preços e os contratos de prestação de serviços, ao consoante transcrito no Relatório que antecede este Voto. Ademais, em diversos julgados o Tribunal expediu determinações e recomendações com a finalidade de estimular a utilização da sistemática de registro de preços por parte dos órgãos da Administração Pública. (AC. Nº 1407, TCU-PLENÁRIO, 2007, p. 07).

Diferente é a situação da adesão ilimitada a atas por parte de outros órgãos. A problemática recai tão somente sobre a determinação constante do art. 4º, § 2º, do Decreto Quanto a essa possibilidade não regulamentada pelo Decreto nº 3.931/2001, comungam-se em entendimentos analisados nos processos dessa pesquisa, que essa fragilidade do sistema afronta os princípios da competição e da igualdade de condições entre os licitantes, como já dito insistentemente.

Restaria ainda a tendência de elevação dos preços propostos pelos fornecedores, ante a incerteza quanto à prorrogação da ata, bem como a possibilidade de favorecimento a determinados licitantes, pela via do fornecimento de informações privilegiadas (conluio). Sem esquecer todos os riscos e desvantagens já mencionados ao longo desta pesquisa. (AC. Nº 991, TCU-PLENÁRIO, 2009, p. 08).

Dessa forma, o combate à possibilidade de um único fornecedor multiplicar ganhos indefinidamente às custas da Administração, levou em última análise

o E. Tribunal de Contas da União a determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), por meio do Acórdão-TCU, nº 1487 (2007, p. 05) já mencionado, que:

[...] adote providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto nº 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática, [...] entendemos que a atual regulamentação do Sistema de Registro de Preços, por meio do Decreto n.º 3.931/01, ao permitir a adesão ilimitada de órgãos e entidades às atas de registro de preços, afronta o princípio da competição, uma vez que a partir de uma única licitação múltiplos contratos são celebrados, estendendo-se a cada participante o limite de 100% do quantitativo inicialmente registrado.

Vê-se, portanto, que a questão reclama providência corretiva por parte do órgão central do sistema de serviços gerais do Governo Federal, no caso, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, razão pela qual, o E. Tribunal de Contas da União deva emitir determinações, no intuito de aperfeiçoar a sistemática de registro de preços, que vem se mostrando eficaz método de aquisição de produtos e serviços, de modo a prevenir aberrações tais como a narrada nos processos ora analisados. (AC. Nº 1407, TCU-PLENÁRIO, 2007, p. 08).

E por fim, fim, ante as recomendações feitas pela Corte de Contas no (Acórdão nº 1407, TCU-Plenário, 2007) e considerando entendimento jurisprudencial atual constante do (Acórdão nº 991, TCU-Plenário, 2009) nas palavras do Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça, em seu voto, frisa-se que:

O § 2º do art. 4º do Decreto nº 3.931/2001 é ilegal, mesmo que só se aplique em situações excepcionais, haja vista que qualquer exceção ao prazo máximo de um ano de vigência da ata de registro de preços deveria ter sido estabelecida por lei, e não por decreto, que tem caráter estritamente regulamentador.

De fato, ao possibilitar que uma ata de registro de preços vigore por até dois anos, aquele dispositivo contraria o disposto no art. 15, § 3º, inciso III, da Lei nº 8.666/93, que estabelece que a validade do registro de preços não deve ser superior a um ano.

[...] no que se refere ao prazo de vigência da ata de registro de preços, considero adequado, tendo em vista a competência para edição de novo decreto regulamentador, dar ciência da deliberação à Casa Civil da Presidência da República, para a adoção das medidas cabíveis, ante a contradição existente entre o previsto no art. 4º, § 2º, do Decreto nº 3.931/2001 e no art. 15, § 3º, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

[...] a condição de procedimento especial de licitação atribuída ao Sistema de Registro de Preços não justifica a concessão de vantagem a competidor que seja vedada no procedimento licitatório convencional.

O Tribunal de Contas da União não proibiu formalmente a prática do "carona", o que não quer dizer que esta, possa ser considerada válida para os órgãos públicos. Este, tão somente incorporou razões jurídicas que devem ser levadas em conta quando se pretende utilizar-se dessa prática.

Há a necessidade da reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto nº 3.931/2001, tanto do § 2º do art. 4º, como do §3º do art. 8º, de forma a impor limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades.

O uso de licitação não prevista originalmente, advinda de um mero contrato adicional, configura prática equivocada e danosa aos cofres públicos, além de que se comprovado o favorecimento injusto e enriquecimento ilícito aos fornecedores que também se utilizam do carona, deve levar à responsabilização dos agentes públicos que adotaram essa figura.

CONCLUSÃO

Diante dos argumentos expostos, restou claro, que a hipótese da utilização da figura do “carona” a partir do sistema de registro de preços, não deve ser admitida, por ser incompatível com diversos princípios norteadores da licitação, entre os quais se pode citar o da legalidade, da impessoalidade, da economicidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da moralidade.

Observou-se ainda, que as orientações básicas editadas pelo Tribunal de Contas da União, bem como o entendimento atual da doutrina e jurisprudência em relação à sistemática do registro de preços, são as de que a validade da Ata de Registro de Preços não será superior a um ano e que, é admitido a prorrogação da validade da Ata de Registro de Preços por mais doze meses, desde que em caráter excepcional e com as devidas justificativas e autorizações, quando a proposta vencedora continuar sendo mais vantajosa para a Administração.

É de suma importância frisar que, a medida prevista no mencionado § 2º do art. 4º do Decreto nº 3.931/2001 somente pode ser adotada em casos de comprovada excepcionalidade, pois é evidente que é exceção à regra geral, não podendo ser aceita como motivo para sua utilização as deficiências no planejamento inicial do órgão gerenciador do Sistema de Registro de Preços.

Feitas essas considerações, passa-se à conclusão desta problemática, qual seja, a possibilidade de utilização do “carona” pela má interpretação dos dispositivos legais, tanto do § 2º do art. 4º, como do §3º do art. 8º, elencados no Decreto nº 3.931/2001. Tal hipótese não deve ser admitida por afrontar os princípios licitatórios demonstrando fragilidades e a necessidade de adoção de medidas saneadoras com vistas ao combate de tal prática, bem como, o dever de alertar os demais órgãos públicos com o intuito de coibi-la, mesmo sabendo que nenhum sistema está imune a desvios de finalidade.

A adoção dessas providências deverá servir para uma reavaliação da disciplina atual de adesão ao registro de preços e ao acompanhamento de forma adequada, das execuções de contratos resultantes de Atas do sistema, para que não se configure prejuízo à Administração e ainda, com vistas a evitar possíveis danos ao erário, pois já sabemos que se deve buscar a maior vantagem, e não permitir a adesão ilimitada de atas, deixando de lado as finalidades pretendidas por essa sistemática.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO. *TC-000.505/2007-1*. Plenário. Ministro Relator: MARCOS BEMQUERER COSTA. Brasília, 11 de abril de 2007. Disponível em: Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0597-14/07-P>. Acesso em: 08 de novembro 2010. 10:10. p 1 – 21.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO. *TC-008.840/2007-3*. Plenário. Ministro Relator: VALMIR CAMPELO. Brasília, 1 de agosto de 2007. Disponível em: <Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1487-32/07-P >. Acesso em: 24 de maio 2010. 10:49. p 1 – 11.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO. *TC-021.269/2006-6*. Plenário. Ministro Relator: MARCOS VINICIOS VILAÇA. Brasília, 13 de maio de 2009. Disponível em: < Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-991/2009-P >. Acesso em: 04 de setembro 2010. 20:00. p 1 – 15.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO. *TC-016.530/2009-1*. Plenário. Ministro Relator: BENJAMIN ZYMLER. Brasília, 25 de novembro de 2009. Disponível em: < Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2804-50/09-P >. Acesso em: 04 de setembro 2010. 20:00. p 1 – 15.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. REPRESENTAÇÃO. *TC-009.014/2010-1*. Ministro Relator: WEDER DE OLIVEIRA. Brasília, 8 de setembro de 2010. Disponível em: < Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2326-33/10-P >. Acesso em: 26 de abril de 2011. 12:48. p 1 – 34.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007 , 17. ed.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, 1. ed.

FILHO, Marçal Justen. *Comentarios a lei de licitações e ccontratos administrativos*. São Paulo: Dialetica , 2008 , 12. ed.

FILHO, Marçal Justen. *Tcu restringe a utilização de "carona" no sistema de registro de preços*. Disponível em <http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=6&artigo=294&l=pt>. Acesso em 19.mar.2010

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, 30.ed.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. SAO PAULO: Malheiros, 2009, 26.ed.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, 9.ed.

NIEBUHR. Joel de Menezes. *"Carona" em ata de registro de preços: atentado veemente aos princípios de direito administrativo*. ILC – Informativo de Licitações e Contratos, nº. 143. Curitiba: Zênite, 2006.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SOARES, Mauro Sérgio Boguea. *Seminário internacional de ética*. Brasília: Comissão de Ética da Presidência da República, 2002.

REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. *Sistema de registro de preços: a panacéia nas contratações*. Disponível em <www.pauloreis.adv.br>. Acesso em 19/03/2011, às 18:53).